Der
Rechtsfall der l. 62 D. pro socio 17, 2
im gemeinen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Bruno Clausen
aus Itzehoe
Referendar am Amtsgericht in Heide.

ACAD. LUDOVIC. BIBL.

Approbiert am 1. Mai 1906.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

37

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meinem lieben Vater.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Text und deutsche Übersetzung der l. 62 D. pro socio 17, 2 1
Entscheidungen des Rechtsfalles der l. 62 D. 17, 2 2

Erster Teil.

Die Berechtigung des Erben eines gestorbenen Gesellschafters am gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter im gemeinen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 2

Erstes Kapitel.

Das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter 2
1. Die Berechtigung der socii an den res communes 4
2. Die Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen . 7

Zweites Kapitel.

Die Rechtslage beim Tode eines Gesellschafters 16

Drittes Kapitel.

Die Erbfolge des Erben in die Berechtigung des Erblassers 20

Zweiter Teil.

Die Ansprüche des Erben eines verstorbenen Gesellschafters, wenn der überlebende Gesellschafter mit einem vermeintlichen Erben Gesellschaftssachen verkauft und sich mit ihm den Erlös geteilt hat . . 22

Erstes Kapitel.

Im gemeinen Recht 22
1. Gegen den vermeintlichen Erben 22
2. Gegen den Käufer 24

Zweites Kapitel.

Im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches 25
1. Die Ansprüche des Erben gegen den Käufer 27
2. Die Ansprüche des Erben gegen den überlebenden Gesellschafter 30
3. Die Ansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer 31
4. Die Besonderheiten, wenn der Erbschaftsbesitzer durch einen Erbschein legitimiert war 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0122

Literaturverzeichnis.

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg und Leipzig 1864.

Barth, Wesen und Inhalt der Erbschaftsklage nach bürgerlichem Recht. Inaug.-Dissert. Rostock 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Teil. Leipzig 1905.

Blumenstein, Der Erbschaftsanspruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Dissert. Erlangen.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.

Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander. Kiel 1855.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.

Cohn, Die Voraussetzungen der hereditatis petitio, die Verpflichtungen des Verklagten und dessen Gegenansprüche. Inaug.-Dissert. Breslau 1883.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. 1. 1900. Bd. 2. 1901.

Crome, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 1902. Bd. 2 Abt. 1 1899. Abt. 2 1901. Bd. 5 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2 und 3. Berlin 1894 ebenso Bd. 1. 1894.

Dernburg, Über das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelberg 1852.

Diez, Zur Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht und nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. und 4. Aufl. 1899. 9. Aufl. 1903 (zit. ist i. a. die 3. und 4. Aufl.).

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Tübinger Inaug.-Dissert. Halle 1903.

Francke, Exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel der hereditatis petitione. 1864.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1899.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1904.

Gaul, Inwieweit ist die Sachlage während des Bestehens einer Gemeinschaft (BGB. §§ 741—758) praktisch bequemer ausgestaltet, als derselbe Zustand der gemeinrechtlichen communio incidens? Leipziger Inaug.-Dissert. Borna-Leipzig 1902.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1895.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in der Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Dernburg. 1900.

Glück, Pandektenkommentar. Teil 15. Erlangen 1813.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1900.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. 1897.

Heller, Die Grundzüge des Gesellschaftsrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Hirsch, Teilbarkeit des Eigentums. Inaug.-Dissert. Halle 1900.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. 1900.

Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 49 und 51. Stuttgart 1900, 1902.

Joseph, Zur Tendenz des Senatus consultum Juventianum und der Kritik und Interpretation der l. 25 § 17 D. de h.p. V, 3. Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 16. 1878.

Knocke, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 20. S. 170—183. Berlin 1902.

Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts. Jena 1862.

Kohler, Schröder, das Kommodum bei der Erbschaftsklage. In der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 19. 1877.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Lammfromm, Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage. Inaug.-Dissert. Tübingen 1887.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1904.

Leonhard, Der Erbschaftsbesitz. Jena 1899.

Löwy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Inaug.-Diss. Göttingen 1900.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. 1901.

Martin, Die Grundzüge der Erbschaftsklage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Dissert. Rostock 1904.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888.

Müller, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft und die Abgrenzung dieser beiden Rechtsverhältnisse voneinander im römischen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Dissert. Leipzig 1904.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 10. S. 695—749. 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Pape, Teilung unter vermeintlichen Erben. Inaug.-Diss. Göttingen 1894.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert. 1. und 2. Aufl. Bd. 2 1900. Bd. 5 1902.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Raasch, Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage. Inaug.-Dissert. Greifswald 1903.

Ranzenberger, Die Rechte und Pflichten der offenen Handelsgesellschaften aus dem innern Rechtsverhältnis der Gesellschaft. Inaug.-Dissert. Erlangen 1902.

Rettig, Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs im Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Inaug.-Dissert. Rostock 1902.

Roßteutscher, Die Passivlegitimation bei rei vindicatio, Publiciana und hereditatis petitio. Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

Ruhstrat, Über die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 67. 1884.

Schippers, Inwieweit ist der Erbe befugt, Erbschaftssachen zu vindizieren, welche der gutgläubige Besitzer der Erbschaft veräußert hat? Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.

Schmidt, Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht. 1896.

Sieveking, Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Sohm, Der Gegenstand. Leipzig 1905.

Sohm, Institutionen. 10. Aufl. Leipzig 1901.

Stapenhorst, Geschäftsführung und Vertretungsmacht bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Dissert. Rostock 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. 1900.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. Erbrecht. 2. Aufl. München 1904.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1882.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. 3. Aufl. München 1904.

Trenkel, Die Vindikationsbefugnis des Erben hinsichtlich der Erbschaftssachen, welche der gutgläubige Besitzer der Erbschaft verkauft hat. Inaug.-Dissert. Göttingen 1891.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1865.

Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 35 S. 91—152. 1889.

Wächter, Über Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 27. 1844.

Wächter, Pandekten. Bd. 2. Leipzig 1880.

Waller, Surrogation. Bonn 1904.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2 Bde. München 1898.

Windmüller, Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, nach gemeinem Recht und nach BGB. Dissert. Leipzig 1902.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. 6. Aufl. 1887. 7. Aufl. 1891.

Zimmermann, Beitrag zur Lehre von der hereditatis petitio. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 29. S. 212—233, 454—476. 1846.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Basilicorum libri LX Editio Heembach. Lipsiae 1833.

Corpus iuris civilis: Digesta Theodorus.

Mommsen MDCCCLXXXIX.

Text und deutsche Übersetzung der l. 62 D. pro socio 17, 2.

Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum. Si Titius, cum quo mihi societas erat, decesserit egoque, cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudicio praestare debeat. sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione forte a Scio consecuturus sis, quicquam mihi praestare debere, quia, quod ad Seium pervenerit, tuarum partium pretium sit nec ad me habentem meum quicquam ex eo redire debeat.

Pomponius im 13. Buch zu Sabinus: Titius, mit dem ich in einer Gesellschaft lebte, ist gestorben. Ich, in der Meinung, die Erbschaft des Titius stehe dem Sejus zu, verkaufe gemeinsam mit diesem Gesellschaftssachen. Den einen Teil des aus dem Verkauf erzielten Geldes bekomme ich, den andern Sejus. Neratius und Aristo meinen, daß dann Du, der wahre Erbe des Titius, einen Teil des an mich gelangten Geldes mit der Gesellschaftsklage nicht würdest erlangen können, weil ich den Preis nur für meinen Anteil erhalten habe. Auch komme es darauf gar nicht an, ob ich meinen Anteil für sich verkauft habe oder gemeinsam mit dem, der behauptete, ihm ständen die übrigen Anteile zu. Sonst würde es ja geschehen können, daß sogar, wenn zwei Gesellschafter eine Sache verkauft hätten, ein jeder,

weil etwas an ihn gelangt sei, einen Teil dem andern auf die Gesellschaftsklage hin leisten müßte. Aber auch Du brauchest mir von dem Teil, den Du etwa mit der Erbschaftsklage von Sejus erlangen würdest, nichts herauszugeben, weil das, was an Sejus gelangt sei, der Preis für Deine Anteile sei, und weil mir, der ich meinen Teil behalte, nichts davon zukomme.

Zwischen A und B besteht eine Gesellschaft. B stirbt. A verkauft Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zusammen mit dem vermeintlichen Erben C an D und teilt sich mit C den Erlös. Gegen wen und worauf richten sich die Ansprüche des wahren Erben E?

Entscheidung des Rechtsfalles der l. 62 D. pro socio 17, 2.

Erster Teil.

Die Berechtigung des Erben eines gestorbenen Gesellschafters am gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter im gemeinen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Erstes Kapitel.

Das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter.

Die Entscheidung des vorliegenden Falles wird sich darstellen als durchaus verschieden im gemeinen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Hauptgrund für diese Verschiedenheit ist zu suchen vor allem in der eigenartigen Gestaltung, die das Gesellschaftsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch erhalten hat und die von der des gemeinen Rechts ganz erheblich abweicht.

Als der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs publiziert wurde, da fand er in ganz Deutschland den heftigsten Widerspruch. Namentlich Gierke erhob gegen ihn schwere Vorwürfe, unter denen wohl einer der gewichtigsten war, daß der Entwurf deutsche Rechtsgedanken und Rechtsgebilde habe bei-

seite liegen lassen, um römische Institute zur Geltung zu bringen. Und eines der Hauptbeispiele, auf die Gierke hinwies, war das Gesellschaftsrecht.[1]) Deutlich genug hatten es die Motive zum ersten Entwurf ausgesprochen:

„den Vorschriften des Entwurfs[2]) über die Gesellschaft liegt die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriff und Wesen der Sozietät zugrunde, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im wesentlichen im Anschlusse an gemeinrechtliche Grundsätze normiert sind. . . .

Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten. . . . Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen: den einzelnen Gesellschaftern steht dasjenige Vermögen, welches infolge des Vertrages ihnen allen gemeinschaftlich geworden ist, zu bestimmten Anteilen zu." . . .

Gierke vor allem ist es zu danken, wenn man sich in der Kommission für die zweite Lesung so eingehend mit der Frage nach der Rechtsnatur der Gesellschaft[3]) beschäftigte und nach langen Erwägungen endlich zu dem Schluß kam, das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs solle nach dem deutschen Grundsatz des Gesamthandverhältnisses normiert werden.

Was bedeutet das und worin bestehen die Grundunterschiede zwischen den Bestimmungen des römischen Rechts und denen des Bürgerlichen Gesetzbuches? Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß der Gesellschaftsvertrag nach römischem Recht nur obligatorische Bedeutung hat, während er im deutschen Recht auch dingliche Wirkungen äußert. So entsteht der Unterschied zwischen den res communes der socii und dem Gesellschaftsvermögen.

---

[1]) Gierke, Der Entw. eines BGB. S. 252—256.
[2]) Mot. Bd. 2 S. 591.
[3]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 426—434.

1. Die Berechtigung der socii an den res communes.

Wenn A und B eine societas schließen, so können sie sich gegenseitig verpflichten, für Gesellschaftszwecke Einlagen zu machen. Diese Einlagen können quoad usum, zu bloßer Gebrauchsüberlassung, und quoad sortem geschehen. Im letzteren Fall wird das Eingelegte Miteigentum der Gesellschafter. Damit tritt neben das rein obligatorische Band der societas noch ein zweites Rechtsverhältnis, die communio. Diese Sozietätscommunion unterscheidet sich von andern communiones nur dadurch, daß zu dem dinglichen Rechtsverhältnis eben noch der obligatorische Gesellschaftsvertrag hinzutritt, durch den die einzelnen socii sich verpflichten, ihre Tätigkeit und damit auch jede Verfügung über die res communes nur nach dem Gesellschaftszweck und -interesse einzurichten. Tun sie das nicht, verletzen sie ihre obligatorische Verpflichtung, so haften sie den andern socii auf Schadensersatz.[1]) „Durch eine Verfügung über ihren Anteil brachen sie den Gesellschaftern die Treue und unterliegen der persönlichen Klage, der actio pro socio, die in Rom durch Androhung der Infamie für den Fall der Verurteilung verstärkt war.“ Neben dieser Sozietätsobligation bleibt die dingliche Struktur der Berechtigung an den res communes unverändert, und so ist auch hier die alte Streitfrage von Bedeutung, welcher Art die Berechtigung des einzelnen Miteigentümers an den res communes ist.

Von älteren Pandektisten wurde früher die Ansicht vertreten, daß die Sache selbst geteilt sei, also jeder Gemeinschafter Eigentümer eines realen Teiles jeder res communis sei. Diese Ansicht vertraten z. B. Hotomannus 1591 und Frommans 1682, sie ist aber in neuerer Zeit ganz aufgegeben. Ebenso ist auch das andere Extrem, das Diez in seiner „Lehre vom Miteigentum nach dem römischen Recht“ S. 6 ff. vertritt, daß nämlich der einzelne Gemeinschafter während des Bestehens der Gemeinschaft an den res communes nur obligatorisch berechtigt sei, für das römische Recht zu verwerfen. Darüber ist man

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 3 S. 530.

sich heute einig, daß den Gesellschaftern ein Eigentumsrecht gemeinschaftlich zusteht. Es fragt sich nur, ob diese Rechtsgemeinschaft so zu denken ist, daß das Recht geteilt ist und jedem Gemeinschafter zu einem bestimmten Teil zusteht oder ob das Recht ungeteilt der Gesamtheit zusteht, so daß jeder Volleigentümer ist, beschränkt durch die gleiche Berechtigung der andern Gemeinschafter. Man wird diese Frage mit der herrschenden Ansicht im ersteren Sinne beantworten können.

Die zweite Auffassung, die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung vertritt z. B. Brinz,[1]) der die partes, von denen die Quellen nun einmal sprechen, auffaßt nicht als Teil der Sache, sondern als „Anteil an der Sache", als „Maßstab, nach denen die Gemeinschafter ihren Gebrauch und Fruchtgenuß der res communes bestimmen." So sagt auch v. Czyhlarz in seinem Lehrbuch der Institutionen S. 97:

„Jeder Miteigentümer ist Subjekt des ganzen Eigentums, nur ist er nicht allein, sondern hat gleichberechtigte Subjekte neben sich."

Windscheid, der früher unter pars einfach den Wert der Berechtigung des einzelnen verstanden hatte, lehnt diesen Ausdruck in der 7. Aufl. seines Lehrbuches allerdings als zu ungenau ab. Es bedeutet aber doch ungefähr dasselbe, wenn er sagt[2]): „Durch Anteil soll das Maß dessen bezeichnet werden, was dem Berechtigten von der Sache gebührt." Diese Theorie läuft also darauf hinaus, daß nur eine „noch unausgeschiedene, im körperlichen Objekt steckende Wertquote" im Eigentum des einzelnen steht, daß nur der Nutzen, der Wert des Rechtes geteilt ist. Sie ist aber nicht quellenmäßig und daher zu verwerfen. So sprechen sich denn auch die meisten Pandektisten zugunsten der andern Auffassung aus.

Dernburg[3]) z. B. sagt: „Das Eigentumsrecht an der Sache ist geteilt . . . nicht nach seinem Inhalt, sondern nach seinem Umfang."

---

[1]) Lehrb. d. Pand. § 131.
[2]) Lehrb. d. Pand. Bd. 1 § 142 Anm. 10.
[3]) Pand. Bd. 1 § 195 S. 463.

Auch Wendt[1]) spricht von „geteiltem Recht an ungeteilter Sache." Ähnlich v. Seeler, Zur Lehre vom Miteigentum S. 137 ff. Ausführlicher ist die Theorie der geteilten Mitberechtigung in neuerer Zeit begründet worden von Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum S. 155—164 und von Hirsch in einer Dissertation über „Teilbarkeit des Eigentums" S. 12—45. Und zu ihren Gunsten sprechen auch die klaren Bestimmungen des römischen Rechts: Jeder Gemeinschafter kann seine Quote mit der partis vindicatio vindizieren, auch von jedem Dritten. Wer mehr vindiziert, als sein Anteil ausmacht, macht sich der plus petitio schuldig. Wie eine körperliche Sache kann die pars veräußert und derelinquiert werden. Im letzteren Fall wächst sie nicht etwa dem Miteigentümer ohne weiteres an, nein jeder Dritte ist ebensogut aneignungsberechtigt. Das ist der beste Beweis für die völlige Selbständigkeit jeder pars. (So auch: Hirsch S. 23—32; Müller, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft S. 17; v. Seeler S. 65 ff. Abweichend: Windscheid § 169a Anm. 5; Wendt S. 326 und Dernburg, Pand. Bd. 1 § 195 Anm. 6 u. 7. Nach letzterem ist die Bestimmung 11 C de servo communi 7,7 nur aus Humanitätsrücksichten getroffen). Die pars kann verpfändet werden. Ja, ihre Selbständigkeit ist so groß, daß sogar, wenn ein gemeinschaftlicher Sklave delinquiert, für den angerichteten Schaden grundsätzlich jeder Miteigentümer nur in der Höhe seiner pars haftet, sich demgemäß durch noxae deditio der pars befreien kann.[2])

Festzuhalten ist daran, daß das Eigentumsrecht an der pars denselben Inhalt hat wie das Eigentumsrecht an jeder andern Sache; nur sein Umfang ist kleiner, er beschränkt sich eben auf die pars. Der Unterschied zwischen Volleigentum und Miteigentum ist also kein qualitativer, sondern ein quantitativer.

Wir kommen demnach zu folgendem Resultat: Bei der römischen communio ist jeder Gemeinschafter Eigentümer einer

[1]) Pand. S. 324.

[2]) Die Solidarhaftung gegenüber den Noxalklagen und der actio de peculio beruht auf andern Gründen s. darüber Joerges S. 144; Hirsch S. 40—45.

bestimmten Quote, einer pars der res communes. Er kann mit dinglicher Wirksamkeit frei über die pars verfügen. Tritt die communio in Verbindung mit einer societas auf, so ist jeder socius obligatorisch verpflichtet, über sein pars nur im Interesse der societas zu verfügen. Tut er das nicht, so haftet er den socii auf Schadensersatz. Von dinglicher Wirkung ist seine Bindung nicht.

2. Die Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen.

Ganz anders ist die Regelung im heutigen deutschen Recht. Das BGB. bestimmt im § 718 I: „die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)“ und im § 719 I: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht hier von einem besonderen „Gesellschaftsvermögen“ und normiert für den einzelnen Gesellschafter eine eigenartige Verfügungsbeschränkung seinem „Anteil“ gegenüber. Damit hat das Bürgerliche Gesetzbuch nach richtiger Ansicht einen Grundgedanken des deutschen Rechts, die Berechtigung der Gesellschafter zur gesamten Hand, zum Ausdruck gebracht. So z. B. Planck[1]): „. . . . die Gemeinschaft zur gesamten Hand, wie sie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für die Gesellschaft angenommen wird . . . .“, Endemann[2]): „Die Rechtsstellung der zivilrechtlichen Gesellschaft ist für die innere Gestaltung die einer deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand“; siehe auch Landsberg Bd. 1 S. 474; Weyl Bd. 1 S. 480. Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht viel gewonnen. Denn der Begriff „Gesamthand“ ist sehr weit und vieldeutig; siehe darüber Gierke, Deutsches

[1]) Bd. 3 S. 165.
[2]) Bd. 1 S. 816.

Privatrecht Bd. 1 § 880 IV. Die Kommission für den zweiten Entwurf [1]) hat es nach längeren Erörterungen abgelehnt, zu dem wissenschaftlichen Streit über das Wesen der Gesamthand Stellung zu nehmen, und sich nur dahin entschieden, daß die Bestimmungen der gesamten Hand sachlich den Vorzug verdienen. Es bleibt daher der Wissenschaft überlassen, den Begriff der Berechtigung zur gesamten Hand für das neue deutsche Recht festzustellen. Maßgebend sind natürlich die Bestimmungen des Gesetzes. Von Wichtigkeit aber ist es jedenfalls, daß die Kommission selbst sich dahin ausgesprochen hat, das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei nach dem Grundsatz der Gesamthand geregelt. Denn so wird man bei Bestimmungen, die es zweifelhaft lassen, ob sie ein Ausdruck römischer oder deutscher Grundsätze sind, mit Recht sich für das letztere entscheiden können.

Der Streit über das Wesen der Gesamthand kommt für den vorliegenden Fall in zwei Fragen zum Ausdruck: Wer ist Subjekt des Gesellschaftsvermögens und welcher Art ist die Berechtigung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen?

Bei den mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Personengemeinschaften ist die Vereinigung eben in ihrer Eigenschaft als juristische Person Subjekt des Gemeinschaftsvermögens. Der rechtsfähige Verein z. B., unabhängig vom Wechsel seiner Mitglieder, ist für das Recht eine Person, die also auch Subjekt von Vermögen sein kann. Denn „für das bürgerliche Recht sind die juristischen Personen ebenso real existierende Wesen wie die Einzelpersonen“.[2]) Es gibt nur eine Art des Eigentums. Daher ist auch die juristische Person allein Eigentümer. Das einzelne Mitglied hat kein dingliches Recht am Vermögen. Es besteht vielmehr „eine absolute die Verbandseinheit schaffende Abschließung des Samtgutes von den Individualsphären der Gesellschafter“.[3]) Das Vermögen gehört ausschließlich dem Verein,

[1]) Prot. Bd. 2 S. 430.
[2]) Endemann Bd. 1 S. 193.
[3]) Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte S. 701.

nicht der Gesamtheit seiner Mitglieder. Ihre rein obligatorische Berechtigung dem Vereinsvermögen gegenüber kennzeichnet die juristische Persönlichkeit des Vereins.

Eine juristische Person nun ist die Gesellschaft zweifellos nicht. Sie ist ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen natürlichen oder juristischen Personen und in der Regel an deren individuelle Persönlichkeit gebunden. Das Gesetz spricht aber von einem gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter und verneint jedes Verfügungsrecht des einzelnen über seinen „Anteil", solange die Gesellschaft besteht. Damit ist eine Abhängigkeit der Existenz des Gesellschaftsvermögens von der Existenz der Gesellschaft statuiert. Man kann mit Gierke[1]) sagen: „es manifestiert sich der Grundgedanke der gesamten Hand in der Abhängigkeit des Bestandes der Vermögensgenossenschaft von dem Bestande der besonderen Personenverbindung." Ferner steht prinzipiell die Geschäftsführung und die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Wenn ein einzelner dazu bestellt wird, so repräsentiert er eben den Willen der Gesamtheit, er handelt kraft ihres Willens. Eine Verwaltung seines „Anteils" durch den einzelnen Gesellschafter ist rechtlich undenkbar. Daraus folgt nun, daß im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Gesellschaftsvermögen nur die Gesamtheit der Gesellschafter berechtigt gegenübersteht, sie verwaltet es, von ihrer Existenz ist sein Fortbestand abhängig. Diese Gesamtheit hat keine absolute Existenz. Sie beruht auf einem obligatorischen Vertrage, der zur Erreichung eines besonderen Gesellschaftszweckes von den Gesellschaftern eingegangen ist. Innerhalb dieses Wirkungskreises aber existiert die geschlossene Gesamtheit. Innerhalb ihrer Betätigung für den Gesellschaftszweck ist die Gesamtheit der Gesellschafter für das Recht da als eine Einheit, ein Subjekt.

So auch Gierke[2]): „Auch heute müssen die Subjekte als eine durch Willensgemeinschaft geeinte Mehrheit vorgestellt werden, wenn schon diese Verbundenheit nur für einen speziellen

---

[1]) Genossenschaftstheorie S. 352.
[2]) Genossenschaftstheorie S. 359.

vermögensrechtlichen Zweck und in dem hierdurch begrenzten Umfange besteht.“ Man wird also nicht fehlgehen, wenn man als Subjekt des Gesellschaftsvermögens die Gesamtheit der Gesellschafter bezeichnet. (Andrer Meinung sind die Anhänger der sogen. Theorie der geteilten Mitberechtigung, die unten S. 11—12 dargelegt ist. Sie behaupten, jeder Gesellschafter sei Subjekt eines bestimmten Anteils. Darüber siehe S. 13). Wer von den Gesellschaftern über Gesellschaftsvermögen oder Teile desselben verfügt, der verfügt, je nachdem sich sein Wille kundgibt, entweder als Vertreter der Gesamtheit — dann kommt es für die Wirksamkeit der Verfügung darauf an, ob er von der Gesamtheit dazu ermächtigt, ihr gegenüber dazu berechtigt war und so den Willen der Gesamtheit repräsentiert hat — oder als ein der Gesamtheit fremd gegenüberstehendes Individuum, das sich eines Eingriffes in eine fremde Rechtssphäre schuldig macht.

Das Gesellschaftsvermögen steht den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zu. Das ergibt sich auch aus der Bestimmung des § 738 BGB., daß, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, diesem nicht etwa ein dinglicher Anspruch auf eine Quote der vorhandenen Vermögensgegenstände zusteht, sondern daß er nur einen obligatorischen Anspruch gegen die fortbestehende Gesamtheit hat auf Entschädigung für die durch sein Ausscheiden eingebüßte, einen bestimmten Vermögenswert repräsentierende Stellung als Gesellschafter. Kurz: Der ausscheidende Gesellschafter hat nur einen obligatorischen Anspruch auf eine Geldabfindung, auf „das, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde.“

Die Gesamtheit der Gesellschafter ist Subjekt des Gesellschaftsvermögens. Damit ergibt sich auch alsbald die Antwort auf die zweite Frage nach der Art der Berechtigung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen: Solange der einzelne Mitglied der Gesellschaft ist, solange ist er auch dinglich mitberechtigt am Gesellschaftsvermögen. Mit dem Augenblick, wo er nicht mehr Gesellschafter ist, hört auch die dingliche Berechtigung am Vermögen auf. Nun fragt es sich aber, welcher Art der Berechtigung des einzelnen Gesellschafters

am Gesellschaftsvermögen ist, und da wird von verschiedenen Autoren die Ansicht vertreten, es liege Miteigentum vor, Miteigentum zu ideellen Quoten. Der einzige Unterschied gegenüber der römischen societas bestehe darin, daß bei dieser die Anteile an den res communes, solange die Gesellschaft bestehe, an den Gesellschaftszweck gebunden seien nur durch den obligatorischen Vertrag der Gesellschafter, nur intern, nach deutschem Recht dagegen eine dingliche Bindung vorliege, die demgemäß gegenüber jedermann wirksam sei. Für diese Theorie der geteilten Mitberechtigung sprechen sich in ihren Lehrbüchern aus Landsberg Bd. 1 S. 481; Cosack Bd. 2 § 276 I, 1 a. auch wohl Matthiaß,[1]) wenn er sagt: „Das Gesellschaftsvermögen ist nicht subjektlos, auch nicht selbständiges Vermögen im Sinne einer juristischen Person, sondern steht den Gesellschaftern anteilig zu.

Endlich schließt sich ihr auch Weyl[2]) an: „eine feste Abgrenzung der Vermögenssphäre des einzelnen Mitberechtigten am gemeinsamen Objekt findet nur nach außen hin (gegen Dritte), nicht nach innen (gegeneinander) statt.“ In längeren Darlegungen wird die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung vertreten von Nagler in seiner Abhandlung „Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht“, von Joerges in seiner Abhandlung „Zur Lehre vom Miteigentum“ und endlich von Müller in in seiner Dissertation über „Das Wesen der Gesellschaft und der Gemeinschaft“. Letzterer besonders stützt seine Auffassung auf die Bestimmungen des BGB. § 719 I, daß kein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen könne: „Denn wenn dem einzelnen Gesellschafter kein Teil des gesellschaftlichen Gutes oder der Einzelbestandteile gehört, so wäre es selbstverständlich, daß er auch über nichts verfügen kann.“[3])

Es ist also der Sprachgebrauch des BGB., der Müller zu der Annahme veranlaßt, daß dieses die geteilte Mitbe-

[1]) Bd. 1 S. 628.
[2]) Bd. 1 S. 480.
[3]) „Das Wesen der Gesellschaft und der Gemeinschaft“ S. 43.

rechtigung der Gesellschafter normiert habe. Zu dieser Auffassung scheint auch die Bestimmung des § 725 BGB. zu führen, daß ein Gläubiger den „Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen" pfänden könne (so z. B. der Gaupp-Steinsche Kommentar Bd. 2 S. 645). Müller[1]) selbst aber muß zugeben, daß dieser „Anteil" mit dem in § 719 erwähnten nicht identisch sein könne und auch Cosack[2]) ist der Ansicht, daß hier mit „Anteil" nur der Anspruch auf das bei der Auseinandersetzung Zukommende, der „Auseinandersetzungsanspruch" gemeint sei. Praktisch ist jedenfalls, wie es auch der Gaupp-Steinsche Kommentar Bd. 2 S. 645 zugibt, kein Unterschied, da zur Feststellung des „Anteils" doch immer erst die Auseinandersetzung herbeigeführt werden muß, und so dürfte dieser auf den Sprachgebrauch des BGB. gestützte Versuch theoretischer Spekulation, einen Unterschied zwischen „Anteil" und „Auseinandersetzungsanspruch" zu konstruieren und daraus einen Einwand gegen die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung herzuleiten, als verfehlt zu betrachten sein. Es ist Hirsch zuzustimmen, der in seiner Dissertation über „Teilbarkeit des Eigentums" S. 58—59 darlegt, daß für die verschiedenen Ausdrucksweisen des BGB. lediglich redaktionelle Gründe maßgebend gewesen sind.

So führt auch Endemann[3]) aus: „Bei bestehender Gemeinschaft gibt es weder obligatorische noch dingliche Anteilsrechte am ganzen Gesellschaftsvermögen oder einem einzelnen dazu gehörigen Gegenstand" und bemerkt dazu[4]): „wenn das Gesetz dennoch von Anteilen redet, so kann das nur im proleptischen Sinn oder als Rechnungsmaßstab (§ 722) oder als untechnische Bezeichnung (§ 719) verstanden werden."

Müller[5]) führt im Anschluß an Nagler und Joerges noch einen weiteren Grund für seine Theorie ins Feld: Es gibt im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Vermögensinbegriffe, die einheitliche Rechts-

[1]) S. 45.
[2]) Bd. 2 S. 394.
[3]) Einführung Bd. 1 9. Aufl. S. 1139.
[4]) ibid Anm. 36.
[5]) S. 43.

objekte mit einheitlicher Zuständigkeit, res unitae, sind. Wenn von Vermögensinbegriffen gesprochen wird, sind trotzdem nur die Einzelbestandteile Objekte des Rechts. Daher bestehen nur an letzteren die Anteile der Gesellschafter. Von Anteilen am ganzen Gesellschaftsvermögen kann man nur sprechen, wenn man darunter die Summe der einem Gesellschafter zustehenden Anteile an den Einzelbestandteilen versteht. „Die herrschende Lehre aber kann einen Vermögensinbegriff, der einheitliches Rechtsobjekt ist, nicht entbehren." Das ist nun keineswegs der Fall. Denn wenn auch die meisten Autoren der Gesamtheit der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen in seiner Gesamtheit gegenüberstellen, so ist damit doch durchaus vereinbar, daß man von einem Eigentum der Gesamtheit an den einzelnen Gegenständen reden kann, ohne damit irgendwie die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung zu verlassen.[1]) So sagt auch Planck[2]): „Es besteht kein juristisch selbständiges Zweckvermögen, sondern die einzelnen Gegenstände gehören den Gesellschaftern," wobei nach Plancks sonst vertretener Auffassung natürlich zu ergänzen ist . . . „in ihrer Gesamtheit".

Außerdem ist es aber keineswegs feststehend, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuche Vermögensinbegriffe als Rechtsobjekte unbekannt sind.[3])

Dagegen spricht doch der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch wiederholt den Begriff „Gesellschaftsvermögen = ge-

---

[1]) Eigenartig neuerdings Sohm, Der Gegenstand § 12. Auch er unterscheidet Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen Gegenständen. Ersterer bedeutet lediglich ein personenrechtliches Verhältnis, er ist ein ungenauer Ausdruck für Mitgliedschaft. Letzterer besteht wirklich und ist in Bruchteilen rechnerisch bestimmbar. Aber er ist kein Bruchteil im Sinne des BGB., hat nicht die Natur eines Vermögensrechts, nein, auch er ist personenrechtlicher Natur, bestimmt allein durch das gegenwärtige personenrechtliche Verhältnis. Eine Verfügung über ihn ist also undenkbar. In ihren praktischen Konsequenzen deckt sich diese Auffassung mit der im Text vertretenen.

[2]) Bd. 2 S. 467—468.

[3]) Über diese Frage siehe Binder S. 19 ff. und die dort Zitierten, ferner auch Sohm, Der Gegenstand S. 18, 23, 24. Dagegen treffend Waller, Surrogation S. 84 ff.

meinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ verwendet. Man vergleiche ferner auch BGB. §§ 1363, 1649.

Endlich bringt Müller[1]) noch einen dritten Einwand: „Es gibt im Gesetz außer den Menschen als Rechtssubjekten nur noch juristische Personen; Personengemeinschaften, die, ohne allgemein rechtsfähig zu sein, als einheitliche Rechtssubjekte auftreten, sind für das Bürgerliche Gesetzbuch von der Hand zu weisen.“ Diese Behauptung beruht auf einer Verkennung des Wesens der Berechtigung zur gesamten Hand. Es liegt hier ja gar keine einheitliche juristische Persönlichkeit vor, die Rechtssubjekt wäre. Dazu gehörte doch prinzipiell die bei der Gesellschaft prinzipiell ausgeschlossene Unabhängigkeit von der Persönlichkeit der einzelnen Mitglieder. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist so sehr abhängig von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder, daß sie sogar im Regelfall mit dem Tode eines Gesellschafters endigt.

Nein, nicht eine über den Gesellschaftern stehende fingierte Persönlichkeit, sondern die Gesellschafter selbst sind Eigentümer des Gesellschaftsvermögens, allerdings nicht nach Art des Miteigentums, sondern eben nach dem Grundsatz der gesamten Hand, so auch Gierke[2]): „Von den verbundenen Personen löst sich kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab. Allein in ihre Lebensordnungen tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein.“

Ebenso wie einen Teil der körperlichen und geistigen Tätigkeit ihrer Mitglieder nimmt die Gesellschaft auch einen Teil ihrer vermögensrechtlichen Position ein, scheidet ihn aus aus dem Rechtskreis ihres Privatvermögens. Der einzelne steht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter seinem Privatvermögen fremd gegenüber. Und der Gesamtheit dieser aus der Berechtigung an ihrem Privatvermögen ausgeschiedenen Persönlichkeiten steht das Eigentum am Gesellschaftsvermögen zu. Die Gesellschafter sind, um im Bilde des deutschrechtlichen Begriffes zu bleiben, Mitglieder der Gesellschaft, jeder nur mit

[1]) S. 44.

[2]) Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 661.

einer Hand. Diese einzelnen Hände der Gesellschaft aber sind miteinander verschlungen zur Gesamthand. So scheidet die Hand eines jeden gewissermaßen aus seinem Organismus und wird Teil eines neuen Lebewesens, der Gesamthand. Diese aber lebt nicht aus eigener Kraft (dann wäre sie juristische Person), sondern nur in der Summe der vereinten Einzelkräfte. — Was Müller und andre vorbringen, kann die Theorie der ungeteilten Berechtigung nicht erschüttern, die man heute auch als die herrschende bezeichnen darf. So sagt z. B. im Anschluß an Planck (Bd. 2 S. 452) und die Prot. Bd. 2 S. 429 Neumann[1]): „Die Bestandteile des Gesellschaftvermögens sind nicht nach festen Bruchteilen geteilt, vielmehr bestehen nur Grundsätze über die Auseinandersetzung und über die Verteilung des Gewinns. Die Verfügung über den Anteil an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist deshalb eine rechtliche Unmöglichkeit." Das deckt sich mit der von uns vertretenen Auffassung, daß die Verfügung eines Gesellschafters über seinen „Anteil" am Gesellschaftsvermögen sich darstellt einfach als eine Verfügung über fremdes Vermögen. Das Gesetz spricht nicht von einem „nicht dürfen", der Gesellschafter „kann" nicht verfügen. — Ebenso wenden Staub (Bd. 1 § 122 Anm. 12) und Makower (Bd. 1 S. 186) ihre für die offene Handelsgesellschaft ausführlich dargelegte Theorie der ungeteilten Mitberechtigung auch auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts an. Ferner spricht sich Oertmann in seinem „Recht der Schuldverhältnisse" S. 442, 454, 455 ganz entschieden für die ungeteilte Mitberechtigung aus. Ebenso Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 663: „Mit ‚Anteil' ist nur die Beteiligung des Einzelnen an der Gesamtherrschaft gemeint," und Hellwig, ‚Anspruch und Klagrecht' S. 201, Stapenhorst, Dissertation S. 10. Endlich auch Knoke[2]): „Die einzelnen Gesellschafter haben keine ideellen Anteile an den gemeinschaftlichen Gegenständen, vielmehr ist ihre Mitberechtigung ungeteilt. Die personenrechtliche Verbindung der Gesellschafter

---

[1]) Anm. zu § 719 Bd. 1 S. 334.
[2]) Arch. Bd. 20 S. 178.

ruft eben nicht nur eine Verfügungsbeschränkung hervor, sondern sie ergreift auch die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Nur in ihrer personenrechtlichen Verbindung sind die Gesellschafter Subjekte der Rechte, welche in ihrem Komplex das Gesellschaftsvermögen bilden.“ Zweifelnd dagegen zum mindesten ist Dernburg, den Müller als Vertreter der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung bezeichnet. Dernburg[1]) sagt: „Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinsames Vermögen der Gesellschafter. Es gehört ihnen zu Anteilen zu, die allerdings während der Dauer der Gesellschaft nur selten hervortreten.“ Ähnlich auch Eck-Leonhard, Vorträge Bd. 1 S. 548.

Fassen wir noch einmal das Ergebnis der bisherigen Darlegungen zusammen: Im römischen Recht besteht Miteigentum zu ideellen Quoten. An der Verfügung über seine Quote ist der Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft durch den obligatorischen Vertrag den andern Gesellschaftern gegenüber verhindert. Im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen nur nach dem Grundsatz der gesamten Hand berechtigt, das Gesellschaftsvermögen ist als eine festgeschlossene ungeteilte Einheit dinglich an den Willen der Gesamtheit gebunden.

Wir werden alsbald sehen, von wie grundlegender Bedeutung dieser Unterschied zwischen römischen und deutschen Recht für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles ist.

Zweites Kapitel.

Die Rechtslage beim Tode eines Gesellschafters.

Zwischen A und B besteht eine Gesellschaft. B stirbt. Damit ist nach römischem Recht immer (vgl. Windscheid, Pand. § 408 Nr. 2, RG. Bd. 16 S. 45, ll. 35, 59 pr. D. pro socio 17, 2 § 5 J. 3, 25), nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche im Regelfall (vgl. BGB. §§ 727, 736, 738—740) die Gesellschaft aufgelöst.

[1]) Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 545.

Nach römischem Recht fällt damit ipso iure die obligatorische Verfügungsbeschränkung des einzelnen seinem Anteil an den res communes gegenüber fort. Es liegt reine communio vor. Jedem Gesellschafter steht seine pars zu freier Verfügung zu.

Ganz anders im deutschen Recht. Die Gesellschaft ist aufgelöst, aber noch besteht das Gesellschaftsvermögen, unter Umständen ein Komplex von Forderungen, Schulden, beweglichen und unbeweglichen Sachen usw. Das Gesellschaftsvermögen besteht, aber es hat mit der Auflösung der Gesellschaft sein Subjekt verloren: Die durch Vertrag gebundene Gesamtheit der Gesellschafter. Mit der Auflösung der Gesellschaft fällt aber auch das in den „Lebensordnungen“[1]) der einzelnen Gesellschafter vorhandene „Stück gemeinsamer Lebensordnung“ fort, die dem einzelnen Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zustehende vermögensrechtliche Stellung fällt fort; an ihre Stelle tritt ein obligatorischer Anspruch des bisherigen Gesellschafters gegen das Gesellschaftsvermögen auf „Das, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt“. (Wenn das BGB. in § 717 sagt, daß dieser Anspruch den Gesellschaftern „gegeneinander“ zusteht, so bedeutet das, daß eben die Ansprüche gegen das Vermögen in einer Klage gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden müssen; denn parteifähig ist das Gesellschaftsvermögen natürlich nicht.) So richtet sich eine Reihe von Ansprüchen gegen das Gesellschaftsvermögen, das noch in seiner geschlossenen Einheit dasteht, aber seinen Herren, die Gesamtheit der Gesellschafter, verloren hat. Wer soll es nun vertreten? Das BGB. bestimmt in § 730: „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt. Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert.“ Für die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, d. h.: solange noch Gesellschaftsvermögen da ist (denn solange muß

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 661.

es ja auch verwaltet werden), solange gilt die alte Gesellschaft als fortbestehend, solange bleibt also auch die Berechtigung der Gesellschafter dem Gesellschaftsvermögen gegenüber die gleiche; in ihrer Gesamtheit steht ihnen das Vermögen zu. Noch immer ist eine Verfügung eines einzelnen Mitgliedes über einen „Anteil" eine gesetzliche Unmöglichkeit. Eine Verfügung über ganze Vermögensstücke stellt sich je nach den Umständen noch immer dar entweder als rechtmäßige Verwaltung des Gesellschaftsvermögens oder als unberechtigte Verfügung über fremdes Gut. Die Gesamtheit der Gesellschafter verwaltet das Vermögen weiter, aber mit einem wesentlichen Unterschied: der Zweck, an den das Gesellschaftsvermögen fortan dinglich gebunden ist, ist nicht mehr der Gesellschaftszweck, sondern die Auseinandersetzung, d. h. die allmähliche Auflösung des Vermögens selbst. In dieser Richtung muß das Vermögen fortan verwaltet werden. Für die Auflösung gibt das BGB. in den §§ 731—735 eine Reihe von Vorschriften und bestimmt außerdem in § 731 Satz 2, daß für die Teilung der Vermögensgegenstände unter die Gesellschafter die Vorschriften über Gemeinschaft Anwendung finden. Diese eigentlich ganz selbstverständliche Bestimmung veranlaßt nun Planck[1]) zu folgenden Ausführungen: „Mit der Auflösung hört die obligatorische Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters zur Förderung des Gesellschaftszweckes auf." Das ist insofern richtig, als der Gesellschaftszweck jetzt ein anderer, ein „Auseinandersetzungszweck" geworden ist. Aber diesen zu fördern, bleibt nach dem klaren Wortlaut des § 730 selbstverständlich jeder Gesellschafter weiter obligatorisch verpflichtet. Planck sagt weiter: „Aber es erlöschen nicht sofort alle rechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, vielmehr besteht zunächst noch eine Gemeinschaft an dem Gesellschaftsvermögen weiter, welche erst durch die an die Auflösung sich anschließende Auseinandersetzung beendigt wird."

Demgegenüber ist zu betonen, daß diese „Gemeinschaft an dem Gesellschaftsvermögen" sich in keiner Weise von der Berechtigung vor der Auflösung unterscheidet. Die „Gemeinschaft

[1]) Bd. 2 S. 471.

am Vermögen“ bleibt, was sie war, Berechtigung zur gesamten Hand.

Mißverständlich zum mindesten spricht sich auch Endemann (Bd. 1 9. Aufl. S. 1139) dahin aus, daß „durch die Auflösung der Gesellschaft sich die Anwartschaft des einzelnen Gesellschafters zu einem Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen entwickelt“.

Im übrigen wird ganz allgemein in der Literatur die Auffassung vertreten, daß der Grundsatz der Berechtigung zur gesamten Hand auch für das Auseinandersetzungsstadium anwendbar bleibe, so von Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 556, von Crome Bd. 2 S. 797, von Cosack Bd. 2 S. 410, Neumann Anm. 2 zu § 730, Staub Anm. 14 zu § 156, auch das RG. Bd. 25 S. 256 (für die offene Handelsgesellschaft). Besonders auch Müller[1]: „Aus der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Gemeinschaftsteilung darf man keineswegs folgern, daß das Gesellschaftsvermögen nach der Beendigung unmittelbarer und von selbst den bisherigen Gesellschaftern als freies, verfügbares Vermögen zusteht. Es bleibt für die Zwecke der Auseinandersetzung gebunden. Die Gesellschaft gilt als fortbestehend, sie hat sich in eine Auseinandersetzungsgesellschaft umgewandelt.“ Jede andere Auffassung dürfte auch gegenüber den klaren Bestimmungen des § 730 unhaltbar sein. Es bleiben also, soweit es sich um die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens handelt, alle oben dargelegten Grundsätze über die Berechtigung des einzelnen Gesellschafters dem Gesellschaftsvermögen gegenüber in Kraft, die eben darin gipfeln, daß die Gesellschafter nur als Gesamthänder Eigentümer sind. Diese Tatsache führt für die Entscheidung des vorliegenden Falles zu Konsequenzen, die von denen des römischen Rechts teilweise erheblich abweichen.

---

[1]) S. 53.

Drittes Kapitel.

Die Erbfolge des Erben in die Berechtigung des Erblassers.

Der verstorbene Gesellschafter B wird von E beerbt. Nach römischem Recht wird der zur Erbschaft berufene E, wenn er zu den heredes sui et domestici gehört, Erbe alsbald mit der Delation, andernfalls erst mit der Acquisition der Erbschaft.

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das hierin dem alten deutschen Recht folgt, ist eine besondere Erklärung des berufenen Erben, daß er die Erbschaft annehme, nicht erforderlich. § 1942 bestimmt: Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen, das heißt: Mit dem Tode des Erblassers ist E Erbe solange, bis er die Erbschaft ausschlägt. Durch diese Bestimmung wird ein Schwebezustand, die viclumstrittene hereditas iacens des römischen Rechts vermieden. Dagegen stimmen das Bürgerliche Gesetzbuch und das römische Recht überein in dem Grundsatz der Universalsukzession; das heißt, der Erbe setzt für das Recht die Person des Erblassers fort, er tritt in die gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers ein. „Die Individualität der einzelnen Vermögensbestandteile verschwindet.“[1]) Wo der Erblasser Eigentümer war, da wird jetzt der Erbe Eigentümer und wo der Erblasser fordern konnte, da fordert jetzt der Erbe. So bestimmt BGB. § 1922: „Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über“, und noch weitergehend als das römische Recht in § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über.“

In die gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers tritt der Erbe ein, so auch in diejenige gesellschaftsrechtliche Position, die der Erblasser jetzt der aufgelösten Gesellschaft gegenüber einnehmen würde, wenn er noch lebte, d. h. für das Bürgerliche Gesetzbuch in dem gesamten Komplex von Vermögensrechten, der dem Mitglied einer Auseinandersetzungsgesellschaft zusteht. Damit ist nach dem oben Dargelegten die Stellung des Erben der aufgelösten Gesellschaft gegenüber ohne

[1]) Barth S. 7.

weiteres klar, insbesondere auch der Unterschied, der sich hier zwischen römischem und deutschem Recht geltend macht. Nach römischem Recht sind die Mitglieder einer aufgelösten societas Miteigentümer der res communes zu ideellen Quoten; somit ist auch der Erbe eines verstorbenen socius mit der Acquisition, bezw. schon mit der Delation der Erbschaft Eigentümer einer pars, einer bestimmten Quote der res communes, die ihm zu freier Verfügung zusteht.

Nach deutschem Recht gilt die Gesellschaft für die Zwecke der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens als fortbestehend, die vermögensrechtliche Stellung der Gesellschafter charakterisiert sich durch zweierlei: Fortdauer der Gesamthandsberechtigung am Gesellschaftsvermögen, stärkeres Hervortreten, Fälligwerden von Ansprüchen, die den Gesellschaftern „gegeneinander", gegen das Gesellschaftsvermögen zustehen auf das, was einem jedem bei der Auseinandersetzung zukommt. Der Erbe E ist demgemäß nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches an dem Gesellschaftsvermögen zusammen mit A zu gesamter Hand berechtigt und er hat ferner gegen A als den andern Gesellschafter einen Anspruch auf das, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt, ebenso wie A der gleiche Anspruch gegen E zusteht. Nach dem oben Dargelegten ist das natürlich so zu verstehen, daß sich diese Ansprüche gegen das Vermögen richten, aber klageweise nur gegen den andern Gesellschafter geltend gemacht werden können.

Zweiter Teil.

Die Ansprüche des Erben eines verstorbenen Gesellschafters, wenn der überlebende Gesellschafter mit einem vermeintlichen Erben Gesellschaftssachen verkauft und sich mit ihm den Erlös geteilt hat.

Erstes Kapitel.

Im gemeinen Recht.

1. Gegen den vermeintlichen Erben.

A hält einen Dritten, C, für den wahren Erben, verkauft mit ihm zusammen Gesellschaftsachen an D und teilt sich mit C den Erlös. Nach der Auffassung der römischen Juristen hat A seine pars verkauft und ihren Wert erhalten, während C den Preis für die E gehörige Quote bekommen hat. Denn es hat reine communio vorgelegen. Jeder Miteigentümer konnte frei über seinen Anteil verfügen, niemand konnte A hindern, seine pars zu verkaufen, niemand kann deswegen von ihm Schadensersatz verlangen. A hat das ihm Zukommende erhalten, will E das seinige bekommen, so mag er sich an C halten. Was er von diesem erreicht, das ist sein Eigentum, das ihm allein zusteht. Selbstverständlich kann A nichts davon beanspruchen. Die Klage nun, mit der der wahre Erbe seine Ansprüche geltend macht, ist die hereditatis petitio. Der Erbprätendent C hat durch die von ihm angemaßte vermögensrechtliche Position des wahren Erben Vermögensvorteile verlangt, und die hereditatis petitio richtet sich gegen jeden, der etwas pro herede vel pro possessore possidet.

Qui pro herede porsidet, wer Erbschaftsgegenstände auf Grund von Erbrecht in Besitz hat, mag er nun in gutem oder bösem Glauben sein. Der Begriff Erbschaftsgegenstände ist natürlich im weiteren Sinne aufzufassen, so daß auch die Surrogate einzelner Gegenstände darunter zu verstehen sind. Nur fragt es sich für das römische Recht, ob diese Surrogation dingliche Wirkung hat, d. h. ob alsbald mit dem Erwerb der Erb-

schaft ebenso wie die Erbschaftsgegenstände im engeren Sinn auch deren Surrogate ipso iure in das Eigentum des Erben übergehen, z. B. der gezahlte Kaufpreis für verkaufte Erbschaftsgegenstände. Bejaht wird diese Frage von Raasch S. 46; Cohn S. 11 und Blumenstein S. 16 (über die Auffassung von Windscheid Bd. 3 § 612 vgl. Waller, Surrogation S. 10 Anm. 3; Windmüller S. 76). Vom Billigkeitsstandpunkt aus mag diese Auffassung vielleicht die wünschenswerte sein, jedenfalls aber spricht gegen sie der Wortlaut der l. 25 § 18 D. 5, 3: „Petitio hereditatis, etsi in rem actio est, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta."

Diese Bestimmung dürfte doch wohl maßgebend sein, so auch Barth[1]: „Der für eine Erbschaftssache erzielte Kaufpreis fällt nicht dinglich den Erben an, sondern diesen steht nur ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe zu." Ebenso auch Sieveking S. 27; Binder § 51 Anm. 19; Dernburg, hereditatis petitio S. 24; Leonhard S. 15, 65 ff. Die Geltendmachung dieses obligatorischen Anspruches war aber an bestimmte Grenzen gebunden. War die Veräußerung der Sachen dem Interesse der Erbschaft zuwider gelaufen, so haftete nach altem römischem Recht der Erbschaftsprätendent auf die Sache weiter, auch wenn er den Besitz verloren hatte, außer wo die Sache untergegangen oder usukapiert war (so Lammfromm S. 125). Seit dem Senatusconsultum Juventianum unterschied man zwischen bonae fidei possessor und malae fidei possessor oder praedo (anderer Ansicht Roßteutscher S. 23 ff.; dagegen Dernburg, Pand. Bd. 3 S. 342; Windscheid Bd. 3 § 614, 1 a). Der bonae fidei possesor haftete nur nach dem Grundsatz: omne lucrum ei auferendum esse (vgl. l. 32 D. 5, 3), der praedo dagegen ohne jede Beschränkung. Seine Haftung erstreckt sich stets auf die Sache selbst. Der Erbe hat ihm gegenüber keinen Anspruch auf den Kaufpreis. In der weiteren Entwicklung kam man dann zu dem Grundsatz, daß der Erbe dem praedo gegenüber ein Wahlrecht zwischen res und pretium habe (vgl. hierzu besonders

[1]) Dissertation S. 28.

Lammfromm S. 135 ff.). Dieses Wahlrecht des Erben gegenüber dem schlechtgläubigen Besitzer ist in der l. 62 D. 17, 2 nicht erwähnt worden. Ferner kann der bonae fidei possessor Ersatz verlangen sogar für die impensae rerum voluptariarum, der praedo dagegen nicht einmal für impensae utiles, wenn diese erfolglos waren.

2. Gegen den Käufer.

Der Erbe hat aber auch eine Klagmöglichkeit gegen D, den Käufer seiner pars. Allerdings wird er nur klagen, wenn er vom Erbschaftsbesitzer nicht mehr den vollen Kaufpreis hat erlangen können, denn sonst stände seinem Begehren ja die exceptio doli entgegen. Und noch eine weitere Einschränkung dieser Klagmöglichkeit besteht. Man findet darüber eine Äußerung Ulpians in der vielumstrittenen l. 25 § 17 D. de h. p. 5, 3. Die hier kommentierten Bestimmungen sind ein Ausfluß des schon oben erwähnten Grundsatzes, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nur auf seine Bereicherung haften soll. Dieser Grundsatz ist so weit ausgedehnt worden, daß man bestimmte, der gutgläubige Erbschaftsbesitzer solle selbst indirekt nicht geschädigt werden durch einen eventuellen Regreß des Käufers, der diesem ja zustand, wenn ihm die Sache entwehrt würde. Daher die Entscheidung Ulpians: et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessores habent. Dem gutgläubigen Käufer kann die Sache nur evinziert werden, wenn er keinen Regreß gegen den Erbschaftsbesitzer hat. Andernfalls hat der beklagte Käufer gegen die Klage des wahren Erben die Einrede des S. C. Iuventianum, die exceptio ne bonae fidei possessor damnum habeat (so richtig Joseph in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 16 S. 227). Diese Auffassung vertreten auch Windscheid § 612 Anm. 15; Brinz § 401 Anm. 19; Schippers besonders S. 29, ausführlich auch Trenkel.

Francke in seinem Kommentar S. 302—311 und Wendt, Pandekten S. 861 meinen, der Erbe habe stets die rei vindicatio gegen den Käufer gehabt. Um diese Auffassung mit dem Text in Einklang zu bringen, liest man statt nisi: etsi oder erklärt

mit Mommsen: „nisi — habent vix sunt Ulpiani“. Zwingende Gründe dazu liegen aber nicht vor, da sich dieser einschränkende Satz, wie oben dargelegt, darstellt als Konsequenz des Grundsatzes, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer keinen Schaden leiden soll.

Anders gestaltet sich die Rechtslage noch, wenn D beim Kauf schlechtgläubig gewesen ist. Hier war eine hereditatis petitio utilis gegeben, wie es in der l. 13 § 8 D. 5, 3 heißt: „siquis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet et sic peti ab eo hereditatem putant. Quam sententiam non puto veram; nemo enim praedo est, qui pretium numeravit sed ut emptor universitatis utili tenetur“ (vgl. dazu auch Wendt, Pandekten S. 860).

Somit haben wir im römischen Recht als Konsequenz des Grundsatzes, daß jeder socius Eigentümer einer bestimmten pars der res communes ist, für den Erben drei Klagen: die hereditatis petitio gegen den Erbschaftsbesitzer C, die rei vindicatio und event. eine hereditatis petitio utilis gegen den Käufer D.

Zweites Kapitel.

Im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Ganz anders stellt sich die Sache im deutschen Recht dar. C tritt dem gutgläubigen A gegenüber als der Träger aller der dem Mitglied einer aufgelösten Gesellschaft im Auseinandersetzungsstadium zustehenden Rechte, d. h. nach A's Meinung als derjenige, der mit ihm Gesamteigentümer des Gesellschaftsvermögens ist und der ihm gegenüber einen sich auf das Gesellschaftsvermögen richtenden Anspruch auf das ihm bei der Auseinandersetzung Zukommende hat. Mit dieser Persönlichkeit zusammen verkauft A Gegenstände des Gesellschaftsvermögens. C erhält den der Berechtigung des Erblassers entsprechenden Teil des Kaufpreises. Nach zwei Richtungen hin ist diese Rechtshandlung A's von rechtlicher Bedeutung: als eine Verfügung über Gesamteigentum und als Befriedigung eines vermeintlichen Auseinandersetzungsanspruches. A führt Geschäfte

der Gesellschaft, und zwar in dem guten Glauben, dazu durch die Zustimmung des vermeintlichen Erben C berechtigt zu sein. Nach dem oben Dargelegten führt er fremde Geschäfte, seine Tätigkeit charakterisiert sich im Verhältnis zum Erben E als Geschäftsführung ohne Auftrag. Geschäftsherr ist allerdings die als fortbestehend geltende Gesellschaft A und E. Da aber A zur Bildung des Gesellschaftswillens durch seine Erklärung bereits zu seinem Teile beigetragen hat, so genügt einerseits allerdings in diesem Fall die Zustimmung E's zu dieser Erklärung, um eine vollwirksame Gesellschaftswillenserklärung zu schaffen und damit das Rechtsgeschäft für die Gesellschaft verbindlich zu machen. Die Verweigerung seiner Zustimmung aber hat andrerseits die Bedeutung, daß eine rechtswirksame Willenserklärung der Gesellschaft eben nicht vorliegt; also sind alle Rechtsgeschäfte, die im Namen der Gesellschaft vorgenommen sind, ohne die Genehmigung des E unwirksam und verbinden die Gesellschaft, das Gesellschaftsvermögen, zu nichts. A hat über Gesamtgut verfügt, er hat an D Gesellschaftsgegenstände verkauft. Die Rechtsgültigkeit dieses Kaufvertrages, den ein Vertreter im Namen der Gesellschaft abgeschlossen hat (im Namen und Interesse der Gesellschaft hat A zweifellos gehandelt: seine Tätigkeit richtete sich auf den einzigen Zweck, den die als fortbestehend geltende Gesellschaft noch hat, die Auseinandersetzung), sie bestimmt sich D gegenüber nach den Grundsätzen über Stellvertretung. BGB. § 177 Satz 1 bestimmt: „Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines andern einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.“ Die Wirksamkeit des Kaufvertrages hängt also von der Genehmigung der Gesellschaft ab. Die Genehmigung der Gesellschaft liegt in diesem Fall nach dem oben Dargelegten aber vor, wenn E der Willenserklärung A's zustimmt. Denn nach BGB. § 709 steht die Führung der Geschäfte den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Nun braucht nach richtiger Ansicht die Zustimmung der Gesellschafter zur Vornahme eines Geschäftes nicht unbedingt vorher erteilt werden. Jedenfalls ist

der Mangel heilbar durch nachträgliche Genehmigung. Wenn also E, nachdem er von dem Verkauf erfahren hat, diesem zustimmt, dann wird aus der Verfügung eines nichtberechtigten Vertreters eine vollwirksame Rechtshandlung der Auseinandersetzungsgesellschaft (darüber siehe unten S. 30 ff.).

1. Die Ansprüche des Erben gegen den Käufer.

E hat aber auch die Möglichkeit, seine Zustimmung zum Kaufvertrag zu verweigern und diesen dadurch (mit einer S. 28 zu besprechenden Ausnahme) unwirksam zu machen. In dieser für den wahren Erben bestehenden Möglichkeit liegt ein Hauptunterschied gegenüber dem römischen Recht. Die Auffassung der römischen Juristen, daß, wenn zwei Gesellschafter Gesellschaftsgegenstände verkaufen, darin eine Verfügung eines jeden von Beiden über seinen Anteil liege, ist für das deutsche Recht undenkbar. Hier steht das Gesellschaftsvermögen da als ein geschlossenes, namentlich auch gegen den Vermögenskreis des einzelnen Gesellschafters abgeschlossenes Sondervermögen. Wenn daher zwei Personen darüber verfügen, so ist es ganz einerlei, ob der einzelne eine Berechtigung am Vermögen hat, ob er vielleicht Gesellschafter ist, die Verfügung ist immer nur wirksam, wenn sie sich darstellt als Ausfluß des Willens der Gesamtheit. Daraus folgt, daß, wenn E seine Zustimmung zum Verkauf verweigert, dieser dann nicht nur etwa in der Höhe des von C in Anspruch genommenen Anteils des Erblassers unwirksam wird, nein, der ganze Kaufvertrag ist damit unwirksam geworden. Daraus folgt natürlich, daß D der Gesellschaft herauszugeben hat, was er durch diesen unwirksamen Kauf erlangt hat. Die Gesellschaft macht gegen ihn den Eigentumsanspruch des § 985 BGB. geltend; er hat herauszugeben, was von Eigentum der Gesellschaft in seinem Besitz ist. Diese Klage muß von allen Gesellschaftern zusammen[1]) erhoben werden, da nur die Gesamtheit das Vermögen vertreten kann. Unrichtig

[1]) vgl. Hellwig S. 199.

ist es, wenn Crome[1]) behauptet, daß gegen Dritte jeder Eigentum und Besitz verteidigen könne, und das „a fortiori aus § 1011 BGB. und der Besitzlehre folgert". Verweigert A seine Zustimmung zur Klageerhebung, so muß er zunächst vom wahren Erben auf Zustimmung verklagt werden. Mit der entsprechenden richterlichen Entscheidung gilt dann seine Zustimmung als erfolgt.

D muß die gekauften Gegenstände herausgeben. Aber er wird sich an seinen Verkäufer halten. Da A gutgläubig war, so haftet er nach § 179 Abs. 2 nur auf das negative Interesse, und selbst diese Haftung fällt nach § 179 Abs. 3 fort, wenn er nachweisen kann, daß D seine mangelnde Vertretungsmacht gekannt hat. Jedenfalls aber haben A und C nach § 812 BGB. alles herauszugeben, was noch vom Kaufpreis in ihren Händen ist. Außerdem könnte noch eine Haftung nach § 823 BGB. in Betracht kommen, wenn D Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachweisen könnte.

Dieser Fall nun, daß der Käufer zur Rückgabe der gekauften Gegenstände gezwungen werden kann, wird allerdings höchstselten eintreten. Denn erstens steht ihm der Schutz des guten Glaubens zur Seite, wenn es sich um den Erwerb von beweglichen Sachen handelt (BGB. § 932). Hat D nicht gewußt, daß A und C zusammen die verkauften Gegenstände nicht gehörten, und hat dieses sein Nichtwissen nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht, so ist er, wenn es sich um bewegliche Sachen gehandelt hat, deren Eigentümer geworden und damit gegen alle Ansprüche der Gesellschaft geschützt. Diese würden sich alsdann gegen A und C richten. (Darüber siehe unten Seite 31 ff.).

Aber auch abgesehen von dieser Eventualität ist E nur in sehr beschränktem Maße in der Lage, durch Verweigerung seiner Zustimmung den Verkauf unwirksam zu machen. Denn man wird nach richtiger Ansicht (so z. B. Crome Bd. 2 S. 777) die Zustimmung eines Gesellschafters zur Rechtshandlung eines andern Gesellschafters für die Gesellschaft als eine Pflicht auffassen können, die dem Gesellschafter als solchem zusteht.

[1]) Bd. 2 S. 785 Anm. 10.

Nach § 705 BGB. sind die Gesellschafter verpflichtet, den Zweck der Gesellschaft zu fördern. Einziger Zweck der Gesellschaft ist aber jetzt die Auseinandersetzung. Und auf diesen Zweck zielt doch eine Veräußerung von Gesellschaftsgegenständen hin. Ist also der Verkauf für die Zwecke der Auseinandersetzungsgesellschaft wünschenswert gewesen — darüber hätte richterliches Ermessen zu entscheiden —, so würde A gegen die Klage des Erben auf Teilnahme an der Klageerhebung gegen den Käufer mit Erfolg einwenden können, daß diese Klage dem Gesellschaftszweck zuwiderlaufe. A würde vielmehr nach § 705 BGB. auf Zustimmung des Erben zum Verkauf klagen können. Hat der Verkauf dagegen die Auseinandersetzungsgesellschaft irgendwie geschädigt oder ist er auch nur dem Sonderinteresse des am Verkauf nicht beteiligt gewesenen Gesellschafters zuwider gelaufen, so würde dieser allerdings die Verurteilung des Verkäufers zur Teilnahme an der Klageerhebung gegen den Käufer erreichen können. Ob ein solcher Fall häufig praktisch werden würde, erscheint zweifelhaft. Denn im allgemeinen ist doch auch der Erbe E an einer schnellen Erledigung der Auseinandersetzung interessiert. So wird er in der Regel seine Zustimmung zum Verkauf geben und diesen damit wirksam machen. Nunmehr aber ergeben sich zwei neue Eventualitäten: Der durch den Verkauf erzielte Kaufpreis ist nach dem Grundsatz des § 718 Abs. 1 und 2 BGB. als Surrogat der Gesellschaftsgegenstände Teil des Gesellschaftsvermögens geworden. A und C haben sich die Summe nach Maßgabe ihrer Berechtigung geteilt. Wenn E auch diesem Rechtsgeschäft seine Zustimmung erteilt, so liegt wiederum ein vollwirksames Gesellschaftsrechtsgeschäft vor, und zwar stellt sich dieses dar als Befriedigung der geltend gemachten Auseinandersetzungsansprüche aus dem Gesellschaftsvermögen. A hat seinen Anspruch geltend gemacht und befriedigt, C dagegen hat den Anspruch des Erben E geltend gemacht und dafür die entsprechende Befriedigung erhalten. E kann in diesem Fall nur gegen C klagen und zwar aus § 2018, 2019 BGB. (darüber siehe unten S. 31 ff.), event. aus BGB. § 816 Abs. 2.

2. Die Ansprüche des Erben gegen den überlebenden Gesellschafter.

Ganz anders gestaltet sich die Lage, wenn E seine Zustimmung zu dieser Teilung des Gesellschaftsvermögens verweigert; das wird er immer tun, wenn von C aus irgend welchen Gründen nichts zu erlangen ist, D in seinem Erwerb geschützt ist, also allein A übrig bleibt. Dieser hat für die Gesellschaft Geschäfte geführt, indem er die gegen sie bestehenden Auseinandersetzungsansprüche befriedigt hat; er hat das Gesellschaftsvermögen verwaltet und zwar in der Richtung auf eine Aufteilung unter die Gesellschafter hin. Hat er es dabei an der nötigen Sorgfalt fehlen lassen, so haftet er auf Schadensersatz gemäß BGB. § 677; war ihm die Verwaltung der verkauften Gegenstände besonders übertragen worden, so haftet er bereits aus § 727 Abs. 2 BGB.; mußte er wissen, daß die Geschäftsführung dem Interesse der Gesellschaft nicht entsprach, so haftet er schon aus diesem Grunde für jeglichen Schaden § 678. Der wahre Erbe hat es in diesem Falle in der Hand, sich ohne Berücksichtigung dessen, was der Erbschaftsprätendent C erhalten hat, an den überlebenden Gesellschafter zu halten und von ihm im Namen der Gesellschaft vollen Ersatz für den angerichteten Schaden zu verlangen. Angenommen also, beide Gesellschafter seien zu gleichen „Anteilen“ berechtigt gewesen und A hätte vollen Schadensersatz an das Gesellschaftsvermögen zu leisten, so würde das, wenn alsdann zwischen A und E geteilt würde, darauf hinauskommen, daß der überlebende Gesellschafter seine ganze Hälfte an den wahren Erben herauszugeben hätte, während ihm nur ein Regreßanspruch gegen C bliebe, der sich etwa auf § 812 BGB. stützen könnte.

Fällt A dagegen in keiner Weise ein Verschulden zur Last, so haftet er auch nicht für den angerichteten Schaden. Dann aber kann E im Namen der Gesellschaft gegen A klagen auf das, was vom Eigentum der Gesellschaft in seinen Händen ist (ebenso könnten A und E zusammen den Eigentumsanspruch des § 985 BGB. gegen C geltend machen). Das würde also, wenn von C nichts zu erreichen ist, unter der Voraussetzung

gleicher Berechtigung beider im Grunde darauf hinauskommen, daß E die Hälfte von dem an A Gelangten erhielte.

Diese Klagen des wahren Erben gegen den überlebenden Gesellschafter, die im Grunde darauf hinauslaufen, daß der Erbe entweder alles, oder doch wenigstens die Hälfte von dem erhält, was der überlebende Gesellschafter bei der Teilung mit dem vermeintlichen Erben bekommen hat, sind für das römische Recht undenkbar. Der Grund ist eben, um es noch einmal zu wiederholen, darin zu suchen, daß nach Auflösung einer societas jeder frühere socius frei über seine pars an den res communes verfügen kann, während das Gesellschaftsvermögen einer aufgelösten bürgerlichen Gesellschaft auch nach der Auflösung zunächst noch als festgeschlossene, den einzelnen Gesellschaftern gegenüber unabhängige Einheit fortbesteht.

3. Die Ansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer.

Nun hat aber auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs der wahre Erbe, wie schon oben S. 29 erwähnt, die Möglichkeit für sich allein, also nicht namens der Gesellschaft, gegen C auf Herausgabe des durch den Verkauf Erlangten an den wahren Erben zu klagen mit einer Klage, die der hereditatis petitio entspricht, mit dem Erbschaftsanspruch. Das BGB. bestimmt in § 2018: „Der Erbe kann von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen.“ Es fragt sich nun, ob man sagen kann, daß C, der durch Geltendmachung der Rechte, die dem wahren Erben gegenüber der Gesellschaft, gegenüber dem überlebenden Gesellschafter zustanden, bereichert ist, auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat.

Es dürfte kaum zweifelhaft sein, daß C auf Grund von Erbrecht etwas erlangt hat. Denn wenn er auch nicht ausdrücklich erklärt hat, er sei Erbe, so genügt es nach richtiger Ansicht doch, daß er, als er auf Grund vermeintlichen Erbrechts etwas erhielt, nicht dagegen protestiert hat. Er hat durch

konkludente Handlung seinen Willen, Erbe zu sein, gezeigt. So z. B. Boehm[1]): „Einer wörtlichen Inanspruchnahme des Erbrechts bedarf es nicht. Es genügt eine Besitzergreifung, welche unter Umständen erfolgt, die erkennen lassen, daß der Erbschaftsbesitzer das tun wolle, was dem Erben zusteht, z. B. wenn jemand aus Verwechslung für den Erben gehalten wird und ohne den Irrtum aufzuklären sich als Erbe behandeln läßt." Ebenso sprechen sich aus die Prot. Bd. 5 S. 709; Raasche S. 47; Sieveking S. 69/70; Endemann Bd. 3 S. 536; Blumenstein S. 6; vgl. dazu auch Binder Bd. 3 S. 388; Leonhard S. 24.

Zweifeln dagegen begegnet die Frage, ob das, was der Erbschaftsprätendent zur Befriedigung des von ihm geltend gemachten Auseinandersetzungsanspruches erhalten hat, aufzufassen ist als Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft (§ 2019 BGB.) oder als Nutzung der geltend gemachten Erbenstellung (§ 2020 BGB). Die Frage ist aus folgendem Grunde von Wichtigkeit: Es besteht kein Streit darüber, daß das nach § 2018 Erworbene als unmittelbar dem Erben erworben gilt, sobald dieser mit Erfolg den Erbschaftsanspruch geltend macht. Unter derselben Voraussetzung gilt auch das nach § 2019 Erlangte nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation unmittelbar als Eigentum des Erben, so z. B. Frommhold Anm. 1 und 3 zu § 2019; Eck-Leonhard Bd. 3 S. 50; siehe auch Binder Bd. 3 S. 410 ff.; Strohal Bd. 2 S. 390 ff.; Waller, Surrogation S. 47—50. Ja „auch Geld und andere verbrauchbare Sachen unterstehen der dinglichen Surrogation." Für § 2020 dagegen wird mit Recht die dingliche Surrogation verneint und nur eine obligatorische Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers angenommen, so von Endemann Bd. 3 S. 548; Dernburg Bd. 5 S. 431; Blumenstein S. 18; Sieveking S. 66: Boehm S. 311; Frommhold Anm. 1 zu § 2020; Leonhard S. 15; Staudinger Anm. 2 zu § 2020; Strohal § 95 Anm. 11. Dieser Unterschied ist natürlich von der größten Bedeutung, so z. B. im Konkurs des Erbschaftsbesitzers (vgl. dazu Staudinger Anm. 1 zu § 2019).

[1]) S. 317.

Für die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 2019 oder 2020 muß zunächst festgestellt werden: was heißt Mittel der Erbschaft? Da dürfte der Ansicht zuzukommen sein, nach welcher der Begriff „Mittel" nicht nach juristischen, sondern nach wirtschaftlichen Anschauungen zu bestimmen ist. Diese Ansicht vertritt Planck Bd. 5 S. 160: „. . . die wirtschaftlichen Anschauungen sind entscheidend. Alles, was als rechtsgeschäftlich erworbene Gegenleistung für die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes aufgefaßt werden kann, ist der Surrogation unterworfen", ebenso Martin S. 38; Raasch S. 52.

Demgemäß ist als Mittel der Erbschaft auch eine zu ihr gehörige Forderung, daher auch der im vorliegenden Fall zu ihr gehörige Anspruch auf das bei der Auseinandersetzung Zukommende anzusehen. Alle Autoren[1]) stimmen nun darin überein, daß das zur Erfüllung einer Erbschaftsforderung Geleistete als mit Mitteln der Erbschaft erworben, also als dingliches Surrogat des Forderungsrechtes anzusehen ist, sobald die Erfüllung der Forderung dem wahren Erben gegenüber wirksam ist. Das ist sie aber nach § 185 BGB. immer, wenn der Erbe die Erfüllung nachträglich genehmigt. In jeder Erhebung des Erbschaftsanspruches aber auf das, was zur Erfüllung einer Erbschaftsforderung geleistet ist, liegt eine stillschweigende Genehmigung über dieser Erfüllung an den falsus heres. Damit ist nach § 185 BGB. die Erfüllung dem Erben gegenüber wirksam geworden und damit wiederum die aus dem Gesellschaftsvermögen an den falsus heres gelangte Geldsumme als dingliches Surrogat an die Stelle des Auseinandersetzungsanspruches getreten.

Anderer Ansicht ist Leonhard[2]): „Besteht die Forderung des Erben fort, so liegt ein Erwerb mit Mitteln der Erbschaft nicht vor. Das Eingetriebene fällt aber unter den Begriff der

---

[1]) Matthiaß § 177 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 509; Landsberg S. 1145; Dernburg Bd. 5 S. 427; Binder Bd. 3 S. 216 Anm. 69 410, Staudinger Anm. 2a zu § 2019: Strohal B. 2 S. 384.

[2]) Erbschaftsbesitz S. 15.

Nutzungen, die herauszugeben sind“ (§ 2020). — Auf die Klage des Erben hin natürlich. Diese Ausführung ist unverständlich. Wenn der Erbe auf das durch die Geltendmachung der Forderung Eingetriebene klagt, so genehmigt er doch dadurch eben diese Eintreibung. Damit ist aber die Erfüllung der Forderung nach § 185 Abs. 2 BGB. ihm gegenüber wirksam geworden, ihr Ertrag fällt also nach dem oben Dargelegten unter § 2019 BGB. Eine Klage gegen den Erbschaftsbesitzer auf das an ihn zur Erfüllung einer Erbschaftsforderung Geleistete, die nicht eine Genehmigung eben dieser Erfüllung in sich schließen sollte, ist undenkbar (vgl. dazu auch Staudinger Anm. 2a zu § 2019; Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation S. 86 ff.; Strohal § 95 II; Binder Bd. 3 S. 413). Aber auch abgesehen davon wird man nie das zur Befriedigung einer Forderung Geleistete als deren Nutzung bezeichnen dürfen, wie es Leonhard tut und worin ihm Raasch S. 56 zustimmt. Denn der von Leonhard zitierte § 100 BGB. spricht von Vorteilen, welche der Gebrauch des Rechtes gewährt. Unter Gebrauch ist aber nicht Verbrauch zu verstehen. Wenn auch zugegeben ist, daß es Rechte gibt, die sich, wie z. B. das Rentenrecht, in ihren bestimmungsgemäßen Erträgen erschöpfen, so ist das doch als Ausnahme zu betrachten.[1]) Wenn man von Nutzungen eines Forderungsrechtes spricht, so wird man darunter im allgemeinen Zinsen usw. verstehen, den zur Zahlung, zur Vernichtung des Rechtes gezahlten Betrag wird man nicht als seinen regelmäßigen Ertrag bezeichnen können (so auch besonders Binder Bd. 3 S. 416). Von Nutzungen wird man nur reden können, wo die Substanz bestehen bleibt, so Eck-Leonhard Bd. 1 S. 51.

Der Erbe E gilt also, wenn er seinen Erbschaftsanspruch mit Erfolg gegen C geltend macht, mit rückwirkender Kraft als Eigentümer des an C gelangten Kaufpreises. Ist C gutgläubig gewesen, so haftet er nach § 2021 auf die Bereicherung, andernfalls richtet sich seine Haftung nach den §§ 2023, 2024; er haftet also unbeschränkt.

---

[1]) Hoelder S. 227.

Hat E einmal den Erbschaftsanspruch auf Herausgabe des Auseinandersetzungsvertrages gegen C geltend gemacht, so ist ihm damit jede andere Klagemöglichkeit genommen. Gegen A kann er nicht klagen. Denn mit der Erhebung des Erbschaftsanspruches hat er die Geschäftsführung A's genehmigt, und auch die Befriedigung seines Auseinandersetzungsanspruches ist mit Rechtswirksamkeit ihm gegenüber an C erfolgt. Und auch gegen D kann E nicht klagen. Denn mag D auch schlechtgläubig gewesen sein, E hat den Verkauf genehmigt, indem er einen Teil des Kaufpreises beanspruchte.

4. Die Besonderheiten, wenn der Erbschaftsbesitzer durch einen Erbschein legitimiert war.

In besonderer Weise noch gestaltet sich die Rechtslage, wenn C durch einen Erbschein legitimiert ist. Nach der Bestimmung des § 2367 gilt, wenn zwischen dem in einem Erbschein als Erbe Bezeichneten und einem andern in Ansehung eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält, der Erbschein zugunsten des andern als richtig. Nun liegt aber in der (wenn auch unter Umständen rein passiven) Tätigkeit C's ein Geltendmachen der vermögensrechtlichen Stellung eines Gesellschafters, eine Verfügung über die dem Erben zustehende Berechtigung am Gesamtvermögen. Diese Verfügung besteht im vorliegenden Falle in der Zustimmung zur Veräußerung der Gesellschaftsgegenstände und zur Teilung des Kaufpreises. Und die Vorschrift des § 2367 umfaßt auch alle vom Erbscheinerben vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte (so Planck Bd. 5 S. 670; Endemann Bd. 3 S. 525; Strohal S. 389). Der Verkauf und die Teilung ist demgemäß zugunsten von A sowohl wie von D rechtsgültig. Für D kommt das in Betracht beim Erwerb von unbeweglichen Sachen, bei dem von beweglichen Sachen nur, wenn er infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß C nicht zum Verkauf berechtigt sei; denn sonst ist er schon durch die Vorschrift des § 932 BGB.

geschützt. A dagegen würde jeder Klage des wahren Erben diesen Einwand entgegenhalten können und damit bliebe für E nur noch die unter 3 dargelegte Klagmöglichkeit gegen den Erbschaftsbesitzer C.

Die Wirkung des Erbscheins fällt fort, wenn der andere seine Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht seine Rückgabe verlangt hat (§ 2366 am Ende).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.